



論説 防御的招致の理論と正当防衛状況が 問題となる事案の類型化 (2・完)

著者	木崎 峻輔
雑誌名	筑波法政
号	66
ページ	127-149
発行年	2016-03-08
その他のタイトル	Articles Die Lehre von Abwehrprovokation und die Typisierung der Falle, dass Notwehrlage erortert wird (2)
URL	http://hdl.handle.net/2241/00137463

防御的招致の理論と正当防衛状況が 問題となる事案の類型化（2・完）

木崎 峻輔

第1 はじめに

第2 ドイツにおける防御的招致の理論

1 問題の所在

2 学説と判例の概要

（1）学説

ア 概要

イ 検討

（2）判例

ア 防御的招致による正当防衛権の制限を肯定した事例

イ 防御的招致による正当防衛権の制限を否定した事例

3 検討

（1）わが国への導入の可能性

（2）わが国に導入すべき見解

第3 わが国の判例と防御的招致の理論

1 問題の所在

2 判例

（1）急迫性を否定した判例

ア 被侵害者が凶器を準備していた事例（以上65号）

イ 被侵害者が凶器を準備していなかった事例

（2）急迫性を肯定した判例

3 検討

（1）武器の準備と侵害の急迫性の関係

ア 積極的加害意思を問題にした事例

イ 積極的加害意思を問題にしなかった事例

（２）急迫性の認定と防御的招致の理論

第４ 防御的招致の理論と正当防衛状況が問題となる事案の類型化

１ 問題の所在

２ 事例類型としての防御的招致の理論

（１）被侵害者が武器を準備していた事例の意義

（２）同類型に該当する事例

ア 侵害の予期

イ 武器の所持の態様

ウ 反撃準備の違法性

エ 反撃行為に出た場所

３ 同類型における判断内容と機能

（１）判断内容

（２）機能

第５ おわりに

イ 被侵害者が凶器を所持していなかった事例

以上のように、相互闘争状況における正当防衛の成否が問題になった事例には、侵害の急迫性を否定する上で、被告人が侵害を予期し、凶器を所持していたことを考慮している事案が多数存在する。もっとも、これらの事案とは異なり、被告人が凶器を所持していなかったにもかかわらず、積極的加害意思を認めて急迫性を否定した事案も存在する。

⑨高松高判平14・7・25（裁判所ウェブサイト）

a) 事案の概要

被告人は、警備員の仕事を終えて帰り支度をしていたところ、酒に酔ったAらが近付いてきて、被告人が持っていた誘導灯を貸すよう要求してきた。被告人がこれを拒むと、Aらは被告人から誘導灯を奪い取ろうとして、両者の間で喧嘩が発生した。Aが被告人の胸倉をつかみ、被告人がAの胸倉をつかみ返すと、Aが「奥へ来い」と言って、被告人を人気のない駐車場の奥の方に引っ張っていきこうとした。これに対して、被告人は、持っていたヘルメットと誘導灯を地面に置き、Aと共に駐車場の奥に向かったところ、Aが被告人の衣服の襟を強く引っ張ったので、被告

人はAを投げ飛ばして傷害を負わせた。

b) 裁判所の判断

原審は、被告人の行為は正当防衛にあたるとして、被告人を無罪とした。これに対して、本判決は、被告人がヘルメットと誘導灯を地面に置いたのは、被告人は素手による殴り合いの喧嘩を志向し、それらを凶器として用いようと考えなかっただけと解されること、被告人がAと共に駐車場の奥に移動したのは、単に殴り合いのために人目につかない場所に移動したからであると解されること、被告人の「やるがやったら、やっちゃらあ」という言葉から喧嘩に応じる意思を認めることができることを指摘して、被告人の反撃行為は、「予期された相手方の侵害の機会に、積極的な加害意思をもって行われたものというべきである。」として、侵害の急迫性を否定し、正当防衛を認めた原判決を破棄して被告人を有罪とした。

c) 検討

本判決は、被告人が武器を所持しておらず、むしろ武器になり得る道具を手放しているにもかかわらず積極的加害意思を認めている点で、上記の事例⑤～⑧とは大きく異なる事例である。また、被告人が挑発に応じて喧嘩闘争になった事案で正当防衛を否定しているという点では、ドイツにおける事例①とも共通するが、やはり武器になりうるものを手放している点では異なり、同事案は防衛的挑発の理論からはその結論を説明できない事例であるといえる。もっとも、被告人が喧嘩闘争を回避しなかった点を考慮して積極的加害意思を認定している点では、事例⑥、⑧と共通することから、これらの事例とは異なる論理により急迫性を否定している事例ではないと思われる。

⑩神戸地判平21・2・9（裁判所ウェブサイト）

a) 事案の概要

酒に酔って自転車で行っていた被告人らが、女性と一緒に歩いているAをからかったことをきっかけとして、両者の間で喧嘩が生じた。Aが被告人1の自転車を蹴り付けたところ、被告人1がAに向き直ったので、Aが被告人1の胸倉をつかむなどしたこと、両者の間でつかみ合いが生じ、被告人1がAの腹部を3回殴打するなどの攻撃に出た。そして、Aと被告人1の闘争を見ていた被告人2もAとの闘争に参加し、Aを被告人1から引き離そうとしたところ、Aが被告人2に向かって行った。これに対して、被告人2がAの左あご付近を殴打するなどして、さらに倒れたAの頭部付近を殴打し、Aを死亡させた。

b) 裁判所の判断

裁判所は、最初に A と闘争になった被告人 1 については、A に対し挑発的な態度を取り、自転車を降りて A に向き直るなど好戦的な態度を取っていること、A に胸倉をつかまれてもひるむことなく両腕をつかみ返しており、その後の A の攻撃を予想していたと認められること、その上で腹部を 3 回殴打するなどの強力な反撃行為に出ており、被告人 2 の攻撃を止めることもしなかったことを指摘し、被告人 2 については、A と被告人 1 の言動を見聞きしていたことから A による侵害を予想していたと認められること、A が被告人 1 に加えた暴行は被告人 2 の予想を上回るものではなく、A に強度の攻撃を加えた上に A が倒れて動かなくなっても攻撃を加えていることを指摘して、「被害者による侵害行為の十分な予想に加えて、同人に対する積極的加害意思の存在が認められる」として、侵害の急迫性を否定し、被告人らの行為に正当防衛は成立しないとした。

c) 検討

本判決も、事例⑨と同じように、素手での喧嘩闘争において、被告人らの好戦的な態度や反撃行為の態様を理由に積極的加害意思を認めた事例である。これらの事例をみると、積極的加害意思の認定において、凶器の準備という事情はあくまで 1 つの考慮要素に過ぎず、それ以外の事情から積極的加害意思を認定することも可能であるということが出来る。そこで、積極的加害意思を理由に急迫性が否定された事案には、防御的招致の理論でその結論を説明できない類型も存在するものと解される。

（２）急迫性を肯定した事例

以上のように、被告人が凶器を所持していなくても積極的加害意思を認めて急迫性を否定した事案も存在する。このことから、被侵害者の武器の所持と積極的加害意思の間には、理論的な結び付きは存在しないということが出来る。このことをさらに裏付ける事例として、被告人があらかじめ凶器を準備していても、積極的加害意思が否定され侵害の急迫性が認められた事案も存在する。

⑪東京地判平 8・3・12（判時1599号149頁）

a) 事案の概要

被告人が、酒場においてささいなことをきっかけに A と殴り合いの喧嘩になった。被告人の知人が被告人を A から引き離したことによりその場はおさまったが、

その後落ち着いた被告人は、知人から A が喧嘩相手の自宅に包丁を持って押しかけてきたという話を聞かされ、今回も A が刃物を持って被告人に仕返しに来るのではないかという不安に襲われた。被告人は、知人に A とのことを何とかして欲しい旨を頼んだりした後に自宅に戻ったが、自宅には危険だと考え、護身用に刃渡り約14センチメートルの骨スキ包丁を持って外出した。しかし被告人は、刃渡り約20.4センチメートルの筋引き包丁を持って被告人を探し回っていた A に発見された。A は被告人を発見すると、被告人に向かって包丁で切りかかった。これに対して、被告人は骨スキ包丁を A の腹部に突き刺し、死亡させた。

b) 裁判所の判断

裁判所は、被告人は A と遭遇することを可能な限り避けようとしており、その意味では侵害の予期は相当に薄くなっていたといえること、被告人としては、万一 A と遭遇した場合、刃物で仕返しされるかもしれないという漠然とした不安を抱いていたため、護身用に骨スキ包丁を持ち出したに過ぎないことを指摘して、本件の事実関係においては、「A と遭遇して、A から刃物で攻撃されれば、身を守るため万やむを得ず骨スキ包丁を使用するという意思があったからといって、被告人が積極的加害意思を有していたとまで認めることはできないというべきである」として、積極的加害意思を理由に急迫性が否定されることはないとした。また、本件は被告人と A の喧嘩が発端となっているが、このことを理由に被告人が A の侵害を招いたとはいえず、被告人には侵害の急迫性を認めることができ、被告人の行為には正当防衛が成立するとして、被告人を無罪とした。

c) 検討

本件は、被告人が A による侵害を予期して凶器を準備しているにもかかわらず、積極的加害意思が否定され侵害の急迫性が肯定された事案である。本判決においてこのような判断がなされたのは、被告人が A の侵害を徹底して回避する行動に出ていることが大きな要因であるように思われる⁵⁵。すなわち、本判決は、被告人のこのような態度を理由に、被告人の侵害の予期が十分なものではなく、また武器の所持はあくまで護身用の範囲にとどまると判断しており、武器の所持という事実に基づく被告人が侵害の予期や積極的加害意思を有していたという推認を、被告人が A との闘争を徹底して回避しようとしたという事情により覆している事案で

55 橋爪・前掲注（2）158頁参照。

あると解することができる。

⑫静岡地浜松支部判平27・7・1（公刊物未掲載）

a) 事案の概要

被告人は、被告人に仕事を紹介するなどして被告人よりも上の立場にあった A との間に酒を飲み交わすなどの関係があったが、被告人が A との関係を絶ちたいと言ったこと等が原因となり、A が怒って被告人を呼び出した。被告人は、これに対して「明日にしてくれませんか」などと言い、うんざりした表情を見せていたが、その後勤務先の上司から A の呼び出しに応じるよう言われたことから、その途中のホームセンターで刃渡り約10.5センチメートルのペティナイフを購入し、長袖シャツの左袖の中にナイフを隠し持って、A が待っている居酒屋に向かった。被告人が居酒屋に着いて A に声をかけると、A は被告人の左頬を殴打したので、被告人がナイフを取り出して A に向けて構えた。被告人にナイフを向けられた A は、被告人に罵声を浴びせて、ゴルフクラブを3本持ち出し、ゴルフクラブで被告人の頭部を殴打した。これに対して、被告人がナイフで A の首を突き刺し、傷害を負わせた。

b) 裁判所の判断

裁判所は、被告人は、A からの呼び出しに対し「明日にしてくれませんか」などと言い、うんざりした表情を見せるなど極力 A との接触を避けようとしていたこと、上司から A に会いに行くよう言われるなど A の呼び出しに応じないことは困難な状況に置かれており、自ら積極的に居酒屋に出向いたわけではないこと、被告人は居酒屋で A から左頬を殴打されたにもかかわらず、ナイフを取り出して構えたのみで攻撃に出ていないことを考慮して、被告人がナイフを購入した上で居酒屋に出向いた理由について、「護身目的であった可能性が十分に考えられる。」とした。そして、このことから被告人に積極的加害意思があったと認めるのは困難であり、侵害の急迫性を認めることができ、被告人の行為には正当防衛が成立するとして、被告人を無罪とした。

c) 検討

本件も、被告人が A による侵害を予期しながら武器を準備して反撃行為に及んだにもかかわらず、積極的加害意思を否定して侵害の急迫性を肯定している。本件の被告人は、A との接触を避けようとしていたなどの事情は認められるが、結局は A の元に出向いており、事例⑪の被告人とは異なり、徹底して侵害を回避しようと

していたとは言い難い。もっとも、本件で被告人が所持していた武器は、刃渡り10.5センチメートルのペティナイフという、これまで検討してきた事例において使用された武器の中では最も殺傷能力が低いものである⁵⁶。本判決が被告人による武器の所持を「護身目的」とであると判断して積極的加害意思を否定したことは、被告人の闘争への消極的な態度に加えて、所持していた武器の殺傷能力がそれほど高いとはいえないという事情も影響しているように思われる。

3 検討

（1）武器の準備と侵害の急迫性の関係

ア 積極的加害意思を問題にした事例

まず、上記の事例のうち、侵害の急迫性を検討する際に積極的加害意思の有無を問題にした事例をみると、事例⑥、⑦では、被告人が侵害を予期して武器を準備していた事例において積極的加害意思が認定されているが、事例⑨、⑩のように、素手による喧嘩闘争の場面でも積極的加害意思が認定された事例も存在する。このことから、積極的加害意思と武器の準備の間には理論的な結びつきは存在せず、両者の間には、事実認定上の結びつきが存在するにすぎないといえる⁵⁷。すなわち、積極的加害意思は、行為者と相手方の従前の関係、相手方の行状や相手方が攻撃に至るまでの事情、行為者の反撃準備の程度や反撃の態様及び強度、行為中や行為前後における行為者及び相手方の言動等の客観的事実からの推認により認定すべきとされているが⁵⁸、このような客観的事実が判断の決め手となっていることからすると、積極的加害意思の実態は、防衛行為者の純然たる内心状況ではなく、強力な反撃行為に出ることを可能ならしめる客観的な迎撃態勢などの闘争を志向する態度、すなわち積極的加害態勢であると解される⁵⁹。そこで、被侵害者が最初から強力な武器を準備していた場合には、反撃行為に出る前の時点において⁶⁰、単に侵害から身を

56 本判決は、被告人がペティナイフを所持したことについては銃砲刀剣類所持等取締法22条に違反するものとして罰金20万円の有罪判決を下しているが、その量刑理由において、被告人が所持していた刃物が比較的小型のものであり危険性が高いものではないことが指摘されている。

57 橋爪・前掲注（2）211-2頁参照。

58 中川博之「正当防衛の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』（2015年、成文堂）141頁、秋山敬「正当防衛における防衛の意思」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）99頁、栃木・前掲注（44）78頁以下。

59 佐伯・前掲注（10）86頁、斎藤・前掲注（2）395頁、拙稿・前掲注（10）72頁。

60 積極的加害意思は、反撃行為に出る前段階の時点で問題となる要素であり、防衛の意思

守る態勢ではなく、相手方に積極的に危害を加えうる態勢をとっていたということができ⁶¹、積極的加害意思（態勢）が認められやすくなるといえる。これに対して、防衛行為者が素手で反撃行為に望んだ場合には、武器を準備していた場合のように客観的な迎撃態勢をとっていたとはいえないと評価される場合が多くなるといえる。しかし、このような場合でも、こちらから侵害者の元に向向いていった場合や、不必要に強力な反撃に出た場合などには、強力な反撃行為を可能とする態勢で反撃行為に望んだ場合と同等の闘争を志向する態度をとっていたということができ、結論においては積極的加害意思（態勢）を認めることができると解される⁶²。もっとも、このような事例の数は、被侵害者が武器を所持していた事例と比べて少ないように思われる⁶³。

また、事例⑪、⑫のように、被侵害者が武器を準備していたにもかかわらず積極的加害意思が否定された事例も存在するが、このことも武器の準備が積極的加害意思の認定における考慮要素の1つにすぎず、両者の間に理論的な結びつきが存在しないことからすれば、当然の帰結である。防衛行為者が何らかの武器を準備していても、それ以上に被侵害者が侵害を回避するような行動に出ていたり⁶⁴、危険な態様の反撃行為を避けようとしていた場合⁶⁵には、被侵害者は身を守るために武器を準備したに過ぎないと判断されることになる。すなわち、凶器の準備や強力な反撃

の有無を検討する上で問題となる攻撃の意思とは、問題になる時点が異なるとされる。この点に関し、橋爪・前掲注（2）154頁、波床・前掲注（44）88-9頁、安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和60年度〕』（1989年、法曹会）142-3頁、山口厚『問題探求 刑法総論』（1998年、有斐閣）64頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年、弘文堂）173頁。

61 波床・前掲注（44）85頁、栃木・前掲注（44）80頁、香城・前掲注（2）「正当防衛における急迫性」283頁参照。

62 香城・前掲注（2）「正当防衛における急迫性」273頁、波床・前掲注（44）84-5頁。

63 このような事案として、本稿で挙げた事案の他に東京高判昭60・6・20（判時1162号168頁）、横浜地判平2・1・30（判時1344号171頁）が存在するが、積極的加害意思が認められた事例の多くは、被侵害者が何らかの凶器を所持している事例である。

64 渋谷卓司「判批」研修634号（2001年）27頁。この点について、香城・前掲注（2）「正当防衛における急迫性」273頁は、相手方に向向いて攻撃を加える事例について、「このような加害は、積極的に相手方に向向くという行動自体から積極的な加害の意思が認められる場合が多い。」とするが、そうであるならば、積極的に相手を避けようとする行動からは、積極的加害意思を有していなかったことが認定されることになる。

65 渋谷・前掲注（64）27頁。この点について、香城・前掲注（2）「正当防衛における急迫性」283頁は、「兇器を大量に準備していたこと」や、「行為者の攻撃とほぼ時を同じくして激しい攻撃を行ったこと」が、積極的加害意思を認定する重要な間接事実になるとするが、そうであるならば、凶器の危険性が比較的小さかったことや、攻撃の態様が激しいものではなかったことから、積極的加害意思を有していなかったことが認定されることになる。

行為の態様から積極的加害意思が認定されると同じように、侵害を回避しようとした態度や、凶器の危険性が小さいといった事情は、防衛行為者は専ら護身のために武器を準備したにすぎないという評価に結びつく。このような態様で凶器を所持している場合には、防衛行為者は闘争行為を志向する態度をとっていたとはいえないこととなる。そこで、このような事実は、積極的加害意思を認定する上で、これを否定する方向に作用する事実であるということができ、このような事実が存在する場合には、被侵害者が凶器を準備していても、積極的加害意思が否定され得ることになる⁶⁶。

イ 積極的加害意思を問題にしなかった事例

また、積極的加害意思を問題にせずに、被侵害者の武器の準備などを理由として直接に急迫性を否定した事例も存在するが、このような事例においては、侵害の予期や積極的加害意思などの被侵害者の主観的要件に触れずに、凶器の準備、相手方の侵害の性質、程度、公的救助を受けることの容易性などの客観的事実を総合考慮して急迫性の有無が決められる⁶⁷。侵害の急迫性は、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていること⁶⁸」と定義されているが、その本質は正当防衛行為を基礎づける規範的・総合的要件である⁶⁹。そして、上記の事情を総合考慮して、被侵害者の反撃行為を許容すべきでないとされた場合、すなわち緊急状況にないとされた場合には、侵害の急迫性は否定されることになる⁷⁰。このような判断において考慮される事実は、上記の積極的加害意思の判断において考慮される事実と大部分が共通するものである。また、積極的加害意思が認められる場合に急迫性が否定される理由は、このような場合の反撃行為は違法であり、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場になかったことにあるとされるが⁷¹、このよ

66 もっとも、準備していた凶器が極めて強力なものである場合には、そのことから直ちに強力な闘争を志向する態度を認めることができ、たとえ侵害を回避しようとする態度をとっていたとしても、積極的加害意思が認定されることもあり得ると思われる。この点に關し、安廣・前掲注（60）150頁参照。

67 栃木・前掲注（44）83頁。

68 最判昭46・11・16（刑集25卷8号996頁）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第2巻』（1999年、青林書院）321頁〔堀籠＝中山〕。

69 波床・前掲注（44）84頁、栃木・前掲注（44）73頁、香城・前掲注（2）「判解」250頁、中川・前掲注（58）133頁など。また、このような意味における正当防衛状況の内実について、拙稿・前掲注（48）72頁参照。

70 波床・前掲注（44）84頁、安廣・前掲注（60）149頁。

71 香城・前掲注（2）「正当防衛における急迫性」264頁、香城・前掲注（2）「判解」247-8頁。

うな理由付けも、上述の積極的加害意思を問題とせず急迫性が否定される理由と同じである。そこで、両者は急迫性を否定する上で異なる論理を用いているように見えるが、積極的加害意思という要素を介しているか否かという点のみが異なっており、両者の判断内容は、実質的には同じものであるといえることができる⁷²。このような見地からは、被侵害者の武器の所持という事実は、積極的加害意思論を用いずに急迫性を直接に否定する上でも、前述の積極的加害意思の認定の場合と同様に、重要な意義を有することになる。

もっとも、喧嘩闘争の場合でも正当防衛が認められる場合があるように⁷³、被告人の反撃行為の違法性は、相手の行為の違法性との相関関係により決せられるとされる⁷⁴。それゆえに、被告人が武器を準備していても、そのことから直ちに急迫性が否定されることにはならない⁷⁵。すなわち、武器の準備という事実は、急迫性を認定する上でも、被侵害者の緊急状況性を判断するために考慮される一要素に過ぎず、両者の間に理論的な結びつきは存在しないといえることができる。

（２）急迫性の認定と防御的招致の理論

以上のように、わが国における相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になった事案において、被侵害者が武器を準備していた事実と侵害の急迫性の間に、理論的な結びつきは存在しない。しかし、両者の間には、積極的加害意思や急迫性の有無を判断する上で「武器の所持」という事実が重要な要素として考慮されるという、事実認定上の強い結びつきが存在するといえる。すなわち、これまで検討してきたように、わが国の判例には、侵害の急迫性を否定する上で被告人の武器の所持を理由とするものが多数存在するが、これらの判例は、被告人があらかじめ武器を準備していたことを直接の理由として侵害の急迫性を否定しているのではなく、積極的加害意思として問題にされる防衛行為者の闘争を志向する客観的な態度や、侵害の急迫性という規範的・総合的要件の有無を判断する一要素として考慮することにより、侵害の急迫性を否定しているのである。

72 橋爪隆「判批」刑事法ジャーナル 8 号（2007年）130頁参照。

73 最判昭和32・1・22（刑集11巻1号31頁）。

74 香城・前掲注（2）「判解」250頁。

75 安廣・前掲注（2）84頁は、侵害を予期して違法に武器を準備して反撃行為に及んだ事例を原則として違法とするが、「銃刀法上の違法性からストレートにこれを用いる行為の刑法上の違法性が導かれるわけではないことは勿論ですが」と付言している。

このように考えると、わが国の判例は、武器の準備を直接の理由として正当防衛権の制限を生じさせる防御的招致の理論とは異なる考え方を採用しており、防御的招致の理論との間に整合性を認めることはできないようにも思われる。しかし、前述のように、防御的招致の理論は、「武器の所持」という被害者の態度が実質的に侵害招致行為と同等に非難に値する場合に、これを理由として正当防衛権の制限を生じさせるものであり、「武器の所持」という態度を形式的に捉えて正当防衛権を制限しているわけではない。そうであるならば、防御的招致の理論も「武器の所持」という事実を、当該事例において正当防衛権を制限すべきという価値判断において考慮すべき一要素として扱っていると解することもできる。そこで、いずれの見解も「武器の所持」という事実を、正当防衛権を制限する上で考慮すべき一要素と理解している点で共通するものであり、この意味では、両者は整合的な考え方であるといえる。

また、わが国における被害者が武器を準備していたにもかかわらず侵害の急迫性が肯定された裁判例を見ると、事例⑪では侵害の予期が漠然としたものであった、侵害を回避しようとしていたなどの事情が存在し、事例⑫でも積極的に侵害者の元に向かい出したわけではなかった、所持していた武器が比較的殺傷能力の低いものであったなどの事情が存在するところ、これらの事情を考慮して急迫性を否定しなかったという判断は、防御的招致の理論が、特に危険性が高い武器の所持に限って正当防衛権の制限を認めていることや、「危険の増大」を正当防衛権の制限の根拠としていることと共通する。このような場合には、被害者はなるべく反撃行為に出る必要がない状況を望んでおり、反撃行為に出た場合であっても、重大な結果を生じさせる危険性が極端に高まるということにはならない。そこで、このような場合には、武器を所持していても、それによる「危険の増大」は比較的小さいということができ、防御的招致の理論によっても正当防衛権を制限すべき必要性は低いと言うことができる。

さらに、わが国の判例実務においては、防御的招致の理論に対して否定的なドイツの判例実務よりも、武器の所持を正当防衛権を制限する方向に作用する事実として重大なものと解している点でも、防御的招致の理論との親和性が認められる。前述のように、ドイツにおける事例②と、わが国における事案⑦は、その事案の態様は類似しているが、正当防衛の成否に関する結論は正反対である。このように、判

例実務が採用している基本的な価値判断という点からも⁷⁶、防御的招致の理論とわが国の判例の間には、整合性が認められるといえることができる。

以上のように、ドイツにおける防御的招致の理論は、わが国の判例・裁判例における急迫性の認定方法や、基本的な価値判断との間では共通性が認められる。そこで、このような事実的な共通性を根拠として、同理論を参考にして正当防衛状況が問題になる事例を類型化して、他の事例類型とは区別された判断基準を設けることが可能であるといえることができ、このような判断基準には、ドイツにおける防御的招致の理論という、理論的な裏付けが与えられていると解される。

第4 防御的挑発の理論と正当防衛状況が問題となる事例の類型化

1 問題の所在

それでは、防御的招致の理論を指針として用いることにより、相互闘争状況において正当防衛状況が否定された事例のうち、どのような態様の事例を類型化することができるのか。そして、このような類型に該当するとされた事例は、正当防衛状況の有無についてどのような判断がなされ、このような類型に該当しないとされた事例については、どのような扱いがなされるのか。

2 事例類型としての防御的招致

（1）被侵害者が武器を準備していた事例の意義

まず前提として、相互闘争状況の場面において被侵害者の正当防衛状況が否定される根拠は、被侵害者が凶器を準備したり、相手方に対する挑発行為に出るなどの闘争を志向する態度により、被侵害者が相手方の攻撃を契機に闘争を拡大させたという点にあると解される⁷⁷。このような場合には、正当防衛の正当化原理とされる自己保存の利益及び法確証の利益は、いずれも減少ないし消失するといえる。すなわち、自ら闘争状況を望む態度を示している以上は、自己保存の利益は自ら放棄ないし減少させたものと解するべきであり⁷⁸、また、反撃行為に際して闘争状況を拡大させている以上は、反撃行為により法秩序が維持されたということはできず、法

76 特に事例⑤は、被告人が相手の攻撃に備えて拳銃を用意して、これを使用した場合には、原則として急迫性が否定されると判示しており、このような価値判断が明確に表れている。

77 拙稿・前掲注（11）149頁以下。

78 莊子・前掲注（2）44頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年、成文堂）522-3頁

確証の利益も否定されることになる⁷⁹。そして、わが国の判例は、このような相互闘争状況において、当該事案におけるどのような事情を契機とすれば正当防衛状況の否定を最も説明しやすいかにより、積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事例、自招防衛を理由に急迫性ないし正当防衛状況を否定した事例、端的に急迫性を否定した事例の区別を生じさせていると解される⁸⁰。

そうであるならば、被侵害者が正当な理由なく強力な武器を準備して反撃行為に及んだことが明白な事案においては、このような事情を制限の契機として、正当防衛状況の否定を説明することも可能であるように思われる。本稿で検討したように、相互闘争状況において急迫性が否定された事例においては、その多くで被侵害者が侵害を予期して武器を準備している。このような武器の所持という事実は、積極的加害意思や侵害の急迫性との間に理論的な結びつきは存在しないものの、これらの要件を認定するにあたって重要な役割を果たしている。また、このような事案における判断内容は、防衛行為者の武器の所持を理由に正当防衛権の制限を認める、ドイツにおける防御的招致の理論とも整合するものである。同理論は、被侵害者が、少なくとも侵害を予期した上で、義務に反して武器を準備した場合には、あらかじめ「危険の増大」が予定されていたなどとして、正当防衛権を制限すべきとするものであるが、このような反撃準備行為は、闘争を志向して闘争状況を拡大する行為の典型的なものであるといえる。そして、わが国の判例・裁判例が急迫性を否定する上で、このような事実の重要性は非常に高いものであり⁸¹、義務に反した武器の準備を直接の理由として正当防衛権の制限を認める見解とほぼ共通する結論を導き出している。

そこで、防衛行為者が反撃行為に際して武器を準備していたという事実は、正当防衛状況を否定する判断において重要な役割を果たすものであり、相互闘争状況において正当防衛状況を制限する契機として用いることも可能であると解される。そして、同事実が有する重要な役割に鑑みると、このような状況において被侵害者が反撃行為に出た事案は、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される事案の典型であるといえることができる。このことから、防衛行為者があらかじめ武器を準備して反撃行為に及んだという事案は、相互闘争状況において正当防衛状況が否定さ

79 斎藤・前掲注（2）394頁、斎藤信治『法の確証』、正当防衛、過剰防衛の法的性格」刑法雑誌35巻2号（1996年）66頁。

80 拙稿・前掲注（11）151頁。

81 安廣・前掲注（60）150頁参照。

れる典型的な事例類型として構成されるべきであり、相互闘争状況において正当防衛状況の有無が問題になった場合には、まずこのような類型に該当するか否かが問題にされるべきである。

（２）同類型に該当する事例

もっとも、被侵害者が武器を所持している場合の全てがこの類型に該当するわけではないということは当然である。このような類型に該当するのは、前述の相互闘争状況において正当防衛状況が否定される根拠に照らして、被侵害者が武器を所持したことが、闘争行為を志向し、闘争状況を拡大させるものであると評価される場合に限られる。

ア 侵害の予期

まず、被侵害者が侵害を予期せずになたまたま武器を所持していた場合には、武器の所持を理由に正当防衛状況を否定することは許されない。このような場合は、被侵害者は闘争を志向する態度に出ていたとはいえないので、正当防衛状況を否定する根拠が欠けることになる。また、単に用心のため護身用の武器を所持していた場合など、侵害の相手方や態様について具体的な認識がない場合にも、武器を所持した行為が闘争を志向するものとはいえないので、原則として正当防衛状況を否定すべきではないと思われる⁸²。

なお、積極的加害意思の前提となる侵害の予期は、十分な予期であることが必要であると解する見解が一般的であるが⁸³、このような場合に正当防衛状況を否定する上では、必ずしも確定的な予期は必要ではないと解するべきである⁸⁴。というのは、この場合に闘争行為の拡大の決定的な要因となるのは、侵害の予期そのものよりもむしろ武器の準備である。そうであるならば、侵害の予期が確定的なものであっても、侵害をある程度予期してなされた武器の準備が護身のために相当な程度を上回っていた場合には、反撃行為により闘争状況を拡大したといえるので、正当防衛権を否定する根拠が認められることになる。また、侵害の予期のような主観的要素の認定は困難であり、その有無だけではなく程度にまで依存した基準を用いるこ

82 このような裁判例として、和歌山地判昭50・4・22（刑月7巻4号564頁）。

83 松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇〔昭和59年度〕』（1988年、法曹会）44頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年、成文堂）268頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年、東京大学出版会）189頁など。

84 安廣・前掲注（60）151-2頁。

とは、判断を困難なものにするおそれがある⁸⁵。特に、正当防衛状況の有無に関する判断が裁判員裁判においてなされることを考慮すると、このような微妙な認定を必要とする基準を用いるべきではないと解される⁸⁶。

イ 武器の所持の態様

次に、前述の相互闘争状況を理由に正当防衛状況が否定される根拠に照らすと、たとえ被侵害者が侵害を予期して武器を所持していたとしても、それが闘争行為を志向するものではなく、闘争状況の拡大に結びつかない場合には、正当防衛状況は否定されないと解するべきである。このような事例としては、まず警察官による武器の所持など、武器の所持が法律上許可されている場合を挙げることができる。このような場合における武器の使用は、法秩序を維持するために行われるものであり、むしろ闘争行為を収束させるものであるからである⁸⁷。

また、ドイツにおける防衛的招致の理論を認める見解⁸⁸と同じように、被侵害者による武器の所持が護身のために相当な態様である場合も、正当防衛状況が否定されることにはならないと解するべきである。なぜなら、この場合の武器の所持も、闘争行為を志向するものではなく、闘争状況を拡大するものとはいえないからである。そもそも正当防衛において強力な反撃行為が許容される根拠は、正当防衛は「正対不正」の関係にあり、不正の侵害を排除することには法確証の利益が認められるためであるとされる⁸⁹。被侵害者が侵害を予期して武器を準備していたとしても、それが護身のために相当な態様のものであり、不必要な闘争の拡大を招くものではない場合には、通常の正当防衛と同様に「正対不正」の関係が維持されており、被侵害者がそれを使用しての強力な反撃行為に出ることも許されると解するべきで

85 遠藤・前掲注（３）186頁参照。

86 このような裁判員に対する配慮について、司法研修所編・前掲注（１）24頁以下。

87 そもそも警察官などの公権力による武器の使用は、私人間の闘争とは全く異なる性質を有するものであるので、相互闘争状況における正当防衛の問題とは別個の問題として検討すべきように思われる。なお、警察官による武器の使用と正当防衛の関係について論じた文献として、津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』（2012年、成文堂）21頁以下。

88 Erb, a.a.O. (Anm.6), S.1331; Kühl, a.a.O. (Anm.6), S.234; Küper, a.a.O. (Anm.6), S.440.

89 齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（1991年、多賀出版）54頁以下、川端博『正当防衛権の再生』（1998年、成文堂）7-8頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）232頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年、有斐閣）380頁、藤木英雄『刑法講義総論』（1975年、弘文堂）161頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年、弘文堂）100頁、井田良『講義刑法学・総論』（2008年、有斐閣）273頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年、成文堂）273-4頁、高橋・前掲注（83）264頁、山中・前掲注（78）480頁など。

ある。

このような武器の所持が護身のために相当な程度といえるか否かは、所持していた武器の種類から単純に決定されるものではなく、防衛行為者が直面していた闘争状況において予想される侵害の程度や、被害者が武器を所持した上でとった行動によっても左右される。例えば、予想される侵害が極めて強力なものである場合には、強力な武器を準備することも護身のために相当であると評価されることはあり得るし、事例⑪のように、被害者が武器を準備していても、徹底して侵害を回避しようとしていた場合には、その行為態様全体から、被告人による武器の所持は護身を目的としたものであると評価されることもあり得る。このような判断に際しては、被害者が所持していた武器の種類、予想される相手方の侵害、被害者の行動などの事情を総合的に考慮する必要があると解される。この点に関連して、被告人が護身用に催涙スプレーを所持した行為につき軽犯罪法1条2項の「正当な理由」の有無が問題になった事案において、最高裁平成21年3月26日判決（刑集63巻3号265頁）は、同号の「正当な理由」の有無は、「当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と、隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素を総合的に勘案して判案すべき」と判示したが、この場合の武器の所持についても同様の判断が必要であるといえる⁹⁰。

もっとも、同類型は、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される典型的な事例を1つの類型として構成するものである。そこで、被害者の武器の所持が護身のために相当な態様といえるかについては、あまり厳格な基準による判断を要求すべきではない。すなわち、被告人が武器を所持していたとしても、予想される相手方の侵害や、武器の所持の態様を考慮して、明らかに護身目的とはいえないような場合のみが、同類型に該当すると解するべきである⁹¹。

90 松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成21年度〕』（2013年、法曹会）92頁は、同号の「正当な理由」の解釈に当たっては、当該器具の隠匿携帯が社会通念上相当な行為であったといえるか否かを検討すべきとしているが、このような判断は武器の所持の態様が護身用として相当といえるかという判断と共通するものといえるので、同判決で示された判断方法は、武器の所持が正当防衛権の制限を生じさせるかを判断する上でも参考になると思われる。

91 52年決定や、平成13年判決において侵害の急迫性が否定されたことは、このような見地から理解することができる。

ウ 反撃準備の違法性

次に、被侵害者が拳銃を準備して反撃行為に及んだ行為について、積極的加害意思論を用いずに急迫性を否定した事例⑤及び事例⑧においては、武器の準備の違法性を急迫性を否定する根拠としている。しかし、防衛行為者による武器の準備が銃砲刀剣類所持等取締法に違反していることのみを理由として、直ちに同類型に該当することにはならないと解するべきである。また、同法で所持及び携帯が禁止されていない武器を所持した場合であっても同類型に該当する場合もあると解するべきである。というのは、このような類型において正当防衛状況が否定されるのは、侵害を予期して武器を所持する行為が、闘争を志向して闘争状況を拡大する行為の典型であることを理由とするが、このような闘争状況の拡大をもたらし行為と、同法で禁止されている行為は、必ずしも一致しないからである。例えば、同法は刃渡り6センチメートル以上の刃物の携帯を禁止しているが⁹²、このような刃物には、日常的に使用される文房具や工具も該当する。他方、鉄パイプや金属バット等の鈍器は、同法により所持を規制されていないが⁹³、喧嘩闘争の場面において刃渡り6センチメートルの刃物よりも高い殺傷能力を持つことは明らかであり、このような武器が反撃行為に使用された場合には、闘争状況は大きく拡大するといえる⁹⁴。そこで、武器の準備が銃砲刀剣類所持等取締法に違反していることと、それを用いた反撃行為の同類型への該当性の間には直接の関連性はないと解するべきである⁹⁵。事例⑫が、被告人の反撃行為を正当防衛としながら、刃物の所持について銃砲刀剣類所持等取締法により有罪としたことも、このような見地から理解することが可能である。

エ 反撃行為に出た場所

また、近年有力となっている、正当防衛の正当化根拠を「現場に滞留する利益」から説明し、同利益との関係で発生する侵害回避義務に反して反撃行為に出た場合

92 銃砲刀剣類所持等取締法22条は、「何人も、業務その他正当な理由による場合を除いては、内閣府令で定めるところにより計つた刃体の長さが6センチメートルをこえる刃物を携帯してはならない。」と規定する。

93 もっとも、このような武器についても、軽犯罪法1条2号により隠匿して所持することは禁止されている。

94 積極的加害意思を理由に急迫性を否定した事案のリーディングケースである最高裁52年決定では、被告人は反撃行為のために鉄パイプなどを準備していた。

95 もっとも、拳銃の所持のような違法性の高い武器の所持は、極めて危険性の高い武器の所持と評価することも可能であり、その意味で武器の所持の違法性は、護身のために相当な態様での所持といえるかの評価に影響することはあり得る。

には正当防衛権が制限されるとする侵害回避義務論⁹⁶は、被侵害者が自宅などの生活の本拠地にとどまることについては、被侵害者がどのような目的を有していたとしても重要な生活上の利益が認められるとして⁹⁷、この場合は原則として被侵害者に侵害回避義務を課すことはできないとする⁹⁸。このような見解からは、防衛行為者が相手方を積極的に加害する意図で、周到な迎撃準備をした上で自宅に立てこもり、反撃行為に及んだ事例でも正当防衛状況が否定されないように思われる。しかし、前述の相互闘争状況において正当防衛状況が否定される根拠からは、このような場合でも、護身のために相当な態様を超えた武器の準備をして反撃に出た場合には、正当防衛状況を否定すべきである⁹⁹。特に事例⑧のような暴力団による抗争などにおいては、自らの本拠地の防御を固めて、襲撃してきた相手を攻撃するという事案が存在するが¹⁰⁰、このような事案における被侵害者も、武器を準備して闘争行為に出たことにより闘争状況を拡大したものと評価すべきである。そこで、被侵害者が武器を準備して反撃行為に出た場所が自宅などの生活の本拠地であるか否かという問題は、同類型への該当性の判断とは直接結びつかないものと解するべきである¹⁰¹。

3 同類型における判断内容と機能

（1）判断内容

以上のように、被侵害者が侵害を予期して武器を所持し、それが明らかに護身のために相当な態様とはいえない場合には、被侵害者の武器の所持を理由に正当防衛状況が否定される事例類型に該当するものとして、被侵害者の反撃行為について正当防衛の成立が否定される。

96 橋爪・前掲注（2）72頁以下。

97 橋爪・前掲注（2）81頁。

98 橋爪・前掲注（2）85頁参照。

99 佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古希祝賀論文集・第1巻』（1998年、成文堂）243頁は、このような場合について、「しかし、可能であるのに公の救助を求めることもなく、積極的加害意思をもって留まる場合には、それらの場所を私的闘争の場所として利用するのであり、生活上の自由をそれとして享受しているのではないから、それらの場所に留まる正当な利益を認めなくてよいと思われる。」とする。

100 このような事例として、本稿で検討した事例⑧の他に、札幌地裁平元・10・2（判タ721号249頁）。

101 もっとも、被侵害者の生活の本拠地に出向いて行う侵害行為は、その態様が強力なものといえるので、そのような侵害が予期される場合には、護身のために相当といえる武器の準備として認められる範囲が通常よりも広がる可能性はある。

このような類型への該当性判断は、以下のような順序でなされる。まず、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になった事案において、被侵害者が何らかの武器を有していた場合には、同類型への該当性が問題になる。この部分の判断は、武器の所持という事実の有無のみが問題になるので、行為態様の外形から客観的に判断することができる。次に、被侵害者が侵害を予期していたかが判断され、被侵害者が全く侵害を予期していなかったか、漠然とした予期を有するに過ぎなかった場合には、同類型への該当性が否定される。この部分の判断は、従来の積極的加害意思が問題になる事例で用いられた侵害の予期の判断と同じ方法でなされることになるが¹⁰²、侵害を全く予期していなかった場合と、漠然とした予期を有するにすぎない場合を排除すれば足りるので、精度の高い認定は要求されない。最後に、武器の種類、予想される侵害行為の態様、被侵害者の行動態様などを総合考慮して、被侵害者による武器の所持が護身のために相当といえるかを判断し、明らかに護身のために相当とはいえない場合には、同類型に該当することになる。同類型への該当性判断においては、被侵害者の武器の所持に関する諸事情を総合考慮してなされるこの部分の判断が最も複雑である。しかし、この場合も護身の程度を超えていることが明らかといえるか否かのみを認定すれば足りるので、それほど精度の高い事実認定は必要ないと思われる。

そして、このような類型に該当した事案は、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される事例の典型的なものである。そこで、同類型に該当した場合には、直ちに正当防衛状況が否定され、被侵害者の反撃行為について正当防衛及び過剰防衛の成立が否定される。もっとも、同類型に該当しない事案であっても、正当防衛状況が否定される事案は存在する¹⁰³。そこで、同類型に該当しないと判断された事案については、これとは別の正当防衛状況が否定される類型に該当するかが判断されることになる。

（2）機能

前述のように、このような類型に該当する事例には、52年決定や、平成13年判決などの、相互闘争状況における急迫性の有無が問題となった重要判例も含まれる。そこで、同類型は、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される典型的な事例

102 侵害の予期の認定方法について、栃木・前掲注（44）78頁、中川・前掲注（58）141頁。

103 例えば、事例⑨、⑩のように被侵害者が武器を所持していなくても積極的加害意思が認定された事例や、自招防衛を理由に急迫性が否定された事例がこれにあたる。

を、正当防衛の成否の判断の最初の段階で選び出す機能を有する。相互闘争状況において正当防衛状況が否定された事例の中には、このような事例が多数存在する。これらの事例について、同類型に該当することを理由に正当防衛状況を否定することにより、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題となる事案のかかなりの数を処理することが可能となり、ひいては、このような事例が問題となる裁判の迅速化に資することになる。また、被侵害者の武器の所持という事実は、外形から客観的に判断することができ、このような事情に着目することは、積極的加害意思や侵害の十分な予期などの内心的事情を基準とするよりも明確な判断を可能にするように思われる。特に、裁判員裁判においては、被侵害者の内心状況を認定させるよりも、このような被侵害者の客観的な状況を判断させる方が、より判断の安定化を図ることが可能であると解される。

このような事例類型を設けて、同類型に該当する事案について正当防衛状況を否定することには、以下のような批判が予想される。まず、同類型に該当するためには、単に武器を所持しているだけではなく、それが明らかに護身のために相当とはいえないことを要求するが、このような判断基準は不明確であり、正当防衛状況に関する判断を不明確にするおそれがあるという批判が予想される。しかし、同類型に該当するのは、相互闘争状況において正当防衛状況が否定される典型的な事案であり、このような事案に関する判例・裁判例は多数存在する。そこで、どのような事例が同類型に該当するかについての判断は、同種事案の集積によりある程度明確化されているといえる。もっとも、このような判断は、どのような態様の武器の所持ならば許されるかという価値判断的な内容を含むものであり、特に裁判員の判断に委ねる場合には、判断に多少のゆらぎが生じうることは否定できない。しかし、裁判員裁判の趣旨は、一般国民の健全な常識を反映させることにあるとされるが¹⁰⁴、このような裁判員制度の趣旨に照らすと、このような価値判断的な内容を含む判断を裁判員に行わせることは、むしろ望ましいことであると解される¹⁰⁵。

また、同類型においては、防衛行為者による武器の所持を根拠に正当防衛状況が否定されるが、武器の所持という事実は、主に防衛行為の相当性の判断で考慮される事実であり¹⁰⁶、このような事実を正当防衛状況の判断に用いることは、正当防衛

104 田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（2012年、弘文堂）13頁。

105 和田真ほか「正当防衛について（下）」判例タイムズ1366号（2012年）59頁参照。

106 この点について、香城敏磨「正当防衛における相当性」香城敏磨＝小林充編『刑事事実認定－裁判例の総合的研究－（上）』（1992年、判例タイムズ社）321頁以下、松井芳明「正

状況の判断において事案に現れた全事情を総合判断することになり、刑法36条1項が正当防衛の成立要件を区別して規定している趣旨を没却することになりかねないという批判も予想される。しかし、防衛行為の相当性の判断においては、防衛行為に出た時点で事情が問題にされるのに対して、同類型における武器の所持は、反撃行為に及ぶ前の時点で問題にされるものであり、両者の判断内容は完全に一致するものではない。積極的加害意思と防衛の意思の関係についても、両者はその存在する時点によって区別されると解されているように¹⁰⁷、同類型への該当性の判断と防衛行為の相当性の判断についても、その判断の時点が異なることにより、区別することができると解される。

さらに、このような類型に該当した場合には、過剰防衛の余地が一切認められないことになるので、事案の柔軟な処理が不可能になるとの批判も予想される¹⁰⁸。しかし、過剰防衛の規定を安易に用いることは、被侵害者の行為が防衛行為であることを前提とした過剰防衛の規定を、単なる量刑事情の注意書きとしての規定にすることにもなりかねない。そこで、過剰防衛を安易に認めるべきではなく¹⁰⁹、特に正当防衛状況が否定される状況の典型である本類型に該当する事案においては、過剰防衛の成立を認めないという処理こそが妥当であると解される。

第5 おわりに

本稿は、相互闘争状況において正当防衛の成否が問題になる事案について、ドイツの学説を参考にして、防衛行為者があらかじめ武器を用意して反撃行為に出た事例のうち、明らかに護身のために相当とはいえない態様で武器を所持していた場合を、正当防衛状況が否定される典型的な事例類型として構成することを試みたものである。このような事案は、わが国の判例・裁判例においては積極的加害意思論理由に侵害の急迫性が否定されることが多いと解される。しかし、積極的加害意思論

当防衛における防衛行為の相当性」小林充＝植村一郎編『刑事事実認定重要判例50選（上）〔第2版〕』（2013年、立花書房）107-8頁、中川・前掲注（58）151頁以下参照。

107 橋爪・前掲注（2）154頁、波床・前掲注（44）88-9頁、安廣・前掲注（60）142-3頁、山口・前掲注（60）64頁、西田・前掲注（60）173頁。

108 わが国における自招防衛の判例が過剰防衛による処理を認めないことに対して同様の批判がなされている。このような見解として、井田・前掲注（36）171頁、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）193頁。

109 橋爪・前掲注（2）241頁、斎藤・前掲注（2）403頁、遠藤・前掲注（3）196頁参照。

は難解な理論であり、裁判員に十分に理解させることが困難であること¹¹⁰や、自招防衛の理論と積極的加害意思論が重疊的に問題となる事例も存在すること¹¹¹から、事案の処理基準としての使い勝手の悪さを有していることは否定できない¹¹²。このような積極的加害意思論により急迫性が否定される事案の多くは、同類型に該当することになる。同類型への該当性の判断は、被告人の武器の所持の態様という客観的な事情に基づいてなされるものであり、同類型に該当した事例については、正当防衛状況が否定される典型的な事例として、正当防衛の成立が否定される。このような判断は、従来の積極的加害意思の判断よりも容易かつ明白なものであり、特に裁判員裁判には適したものであるように思われる。

もっとも、武器の所持という事実は、急迫性を認定する際に考慮される一要素にすぎず、武器の所持と正当防衛状況の有無との間に理論的な関係が存在するわけではないことから、本稿の見解は正当防衛状況に関する理論を基礎とするものではない。しかし、わが国の裁判実務では、事実認定と法律適用には交錯が見られるところ¹¹³、このような交錯は特に正当防衛状況のような規範的要件において強く見られるとされる¹¹⁴。このようなわが国の裁判において使いやすい判断基準を構築するためには、正当防衛状況の理論面のみではなく、事実認定の側面にも目を向ける必要があるといえることができる。本稿における検討は、侵害の急迫性や積極的加害意思の認定方法を基盤とするものであり、事実認定と法律適用の交錯がみられるというわが国の裁判の特質からの要請に応えるものである。また、武器の所持を理由に正当防衛状況を否定するという考え方は、わが国で採用することも可能な防御的招致の理論からその結論を説明することが可能である。そこで、このような事例類型を設けて正当防衛状況の有無を判断することは、武器の所持という事実が正当防衛状況の判断において考慮されることが多いという事実的な傾向のみを根拠とするものではなく、同理論による理論的な裏付けもなされているといえることができ、相互關

110 司法研修所編・前掲注（1）25頁、佐伯・前掲注（3）16頁、遠藤・前掲注（3）192頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年、東京大学出版会）257頁、井上宜裕「正当防衛論」法学教室418号（2015年）8頁。

111 遠藤・前掲注（3）196頁。

112 遠藤・前掲注（3）192-3頁、的場＝川本・前掲注（36）111-2頁。

113 松澤伸『機能主義刑法学の理論—デンマーク刑法学の思想—』（2001年、信山社）309-10頁。

114 香城敏磨＝小林充編『刑事事実認定（上）—裁判例の総合的研究—』（1992年、判例タイムズ社）まえがきii頁。

争状況における正当防衛状況の有無について、事実的な傾向のみに基づいた恣意的な判断を許すものではないと解される。

冒頭に述べたように、正当防衛状況の判断基準について、事案の態様ごとに類型化した基準を用いる必要性が主張されているものの、現状においてこのような類型化はほとんどなされていない。本稿は、相互闘争状況において正当防衛状況の有無が問題になる事案において、正当防衛状況を否定する理論ではなく、その認定において考慮される事実に着目することで、このような要請に応えることを試みたものである。もっとも、被告人が武器を所持して反撃行為に及んだ事例以外にも、正当防衛状況が否定されるべき事例は存在する。これらの事例についても、事案の態様ごとのさらなる類型化が必要であり、今後ともこのような方法により、さらに事例の類型化を進め、類型ごとの判断基準を構築することが必要であると解される。

（人文社会系助教）